

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SALA DE FAMILIA**

Bogotá D. C., veintiséis de mayo de dos mil veinte.

MAGISTRADA PONENTE: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

PROCESO DE DIVORCIO DE GERMÁN ALFONSO GARCÍA EN CONTRA DE ANA CAROLINA ARCILA ARCILA Rad. 11001-31-10-025-2017-00419-01 (Apelación Auto)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la cónyuge, señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA**, contra el auto del 8 de agosto de 2019. proferido por el **JUZGADO VEINTICINCO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**, en el trámite de la referencia. (fol. 368).

ANTECEDENTES

1. Con la providencia cuestionada, el **JUZGADO VEINTICINCO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**, negó las solicitudes presentadas por la apoderada de la cónyuge, para la asignación de la custodia provisional de su hijo menor de edad, **TOMÁS GARCÍA ARDILA**, y se establezca una cuota alimentaria provisional para la demandante, a cargo del demandante y demandado en reconvenición. Consideró el juzgado improcedente la solicitud por cuanto la custodia “...ya se encuentra... en cabeza de uno de los progenitores señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA GÓMEZ** otorgada por el I.C.B.F. y de las actuaciones allegadas no se evidencia que el niño **TOMÁS GARCÍA ARDILA** se encuentra en riesgo o vulnerados sus derechos”, y en lo “Tocante con la fijación de cuota provisional a favor de la señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA**, el juzgado se abstiene de señalarla, por cuanto no se encuentra acreditada la necesidad de la cónyuge, pues no se vislumbra que tenga alguna clase de discapacidad para laborar, igualmente se despende que de la custodia del menor en cabeza del progenitor, que se encuentra residiendo en la vivienda de la sociedad conyugal y no se percibe que la progenitora esté suministrando alimentos en favor de su menor hijo...”

2. La apoderada de la cónyuge recurrió en reposición y subsidiariamente en apelación la decisión antes indicada, con respecto a la custodia provisional, argumentó confrontando las razones del Juzgado que al señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA GÓMEZ** no le fue entregada por el ICBF, la custodia de su hijo, pues el auto de apertura del **PARD** en favor del niño dispuso ubicarlo en el medio familiar paterno como una medida provisional de restablecimiento de derechos, acotando “...este despacho queda atento a acatar la decisión que tome el Juez 25 de Familia de Bogotá donde tiene la cita el 05 de junio de 2019...”, razón por la cual, “...la carga de la decisión definitiva de la custodia del niño la dejó en cargo (sic) de su señoría...”; así mismo, indicó “...que dentro del expediente se encuentra probado hasta el momento que la señora **ANA CAROLINA** ha tenido siempre la custodia y cuidado personal del niño, además debe tenerse en cuenta que, el señor **GERMÁN ALFONSO** ha sido sancionado a través de una medida de protección a favor de la señora **ANA CAROLINA** y el niño **TOMÁS...**”, a diferencia de la progenitora quien ha demostrado ser “...una persona idónea para el cuidado de su hijo, y ha cumplido cabalmente con los requerimientos exigidos por el ICBF para que su pequeño hijo retorne bajo su cuidado...”.

En cuanto a los alimentos indicó concurren las exigencias y lineamientos jurisprudenciales necesarios para beneficiar a la cónyuge con una cuota, presupuestos no desvirtuados con el argumento de no encontrarse en “...estado de discapacidad laboral [la que] no es conditio sine qua non para que se otorgue el derecho a los alimentos...”. Solicitó en consecuencia, revocar el auto y en su lugar, otorgar la custodia de su hijo menor de edad a la progenitora, siquiera de manera compartida, y fijar una cuota alimentaria para la cónyuge por valor equivalente al 25% de los ingresos percibidos por el señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA**, más dos cuotas extraordinarias “...del valor de las primas legales o extralegales o de cualquier otro beneficio...”, como empleado de **AÉREAS SURAMERICANA S.A.** y pensionado de la Fuerza Aérea Colombiana.

3. El Juzgado mantuvo la decisión con auto del 26 de septiembre de 2019 (Fols. 383 a 385), dejando al padre la custodia provisional del niño, la que dijo no es definitiva, y “...en lo que tiene que ver con la ubicación del menor en medio familiar de su progenitor, no cabe duda que nos encontramos frente al ejercicio de guarda o custodia provisional en cabeza de aquel, pues efectivamente es él quien se encuentra en la obligación de cuidado y todas las responsabilidades que le asiste[n] como progenitor de **TOMÁS...**”, por lo cual “...la custodia del

niño... continuará permaneciendo **provisionalmente** en cabeza de su progenitor, hasta tanto se recaude la totalidad de las pruebas para decidir definitivamente...”. Respecto de los alimentos, consideró si bien se deben alimentos al cónyuge “...tal exigencia no es indiscriminada o como único requisito para su tasación o rechazo de la misma...”, sino requiere también “...acreditar la necesidad...”, es decir, “...se encuentre probado que la cónyuge no cuenta con la posibilidad propia de sostenerse...”, lo cual no fue demostrado en este caso, si bien es cierto en audiencia del 5 de junio de 2019 el señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA** manifestó ser “...el proveedor del hogar...”, y ofreció pagar una cuota a su cónyuge, pues ésta “...debe igualmente demostrar las razones por las cuales no se encuentra capacitada para sustentarse por su propia cuenta...”, y el solo hecho de tener el alimentante capacidad “...no lo hace directamente responsable de aportar cuota alimentaria a favor de su cónyuge...”.

CONSIDERACIONES

1. La controversia en este caso conlleva a determinar si acertó el Juez de primera instancia al encargar la custodia y cuidado provisional del hijo menor de edad de las partes, **TOMÁS GARCÍA ARDILA**, a la responsabilidad del progenitor, y negar la fijación de una cuota alimentaria solicitada a favor de la cónyuge, o sí por el contrario, esas decisiones se tomaron al margen del ordenamiento jurídico.

2. El asunto debe resolverse tomando en cuenta las directrices del artículo 598 del C. G. del P., según el cual, en el proceso de divorcio, si el juez lo considera conveniente, podrá “...Dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero...” y “Señalar la cantidad con que cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de estos” (Subraya intencional). Luego en principio, el Juez tiene potestad desde la admisión de la demanda, para establecer a título provisional, lo concerniente a la custodia de los hijos comunes sometidos a patria potestad, y determinar con igual alcance, las obligaciones pecuniarias para el sostenimiento de éstos y del otro consorte.

3. Los elementos de juicio aportados al proceso con la demanda, relevantes a la hora de establecer la custodia provisional del hijo de las partes, es la actuación adelantada ante el Centro Zonal Suba del ICBF dentro en el proceso

de restablecimiento de derechos seguido en favor de **TOMÁS GARCÍA ARDILA**, (fols. 282 a 297 del cd. de divorcio), trámite de verificación inicial efectuado el 14 de mayo de 2019 por la autoridad administrativa, según el cual, los derechos del hijo a la “...*vida y a la calidad de vida a un ambiente sano...*”, así como el “...*Derecho a recibir atención, tratamiento y cuidados especiales de salud de acuerdo con su condición...*”, se hallaron afectados, por ello la entidad determinó iniciar el Proceso de Restablecimiento de Derechos, PARD, y de paso disponer la ubicación del infante en el medio familiar paterno como medida transitoria de restablecimiento, (fols. 338 a 340 de la dda. de reconv.), acogiendo al efecto las recomendaciones de la psicóloga y de la Trabajadora Social de la entidad, en el sentido de otorgar el cuidado y la custodia provisional del niño al progenitor, determinación que, en tales condiciones, debe ser ratificada en este escenario judicial, pues nada en contrario se ha demostrado hasta ahora, por tanto, en razón del interés superior del niño, y la garantía plena de sus derechos, atendiendo además la imperativa prohibición de someterlo a riesgos prohibidos, la decisión se mantendrá, sin perjuicio de su eventual revisión si las circunstancias lo aconsejan.

Por otra parte, los hechos de presunta violencia intrafamiliar, denunciados en su momento por la señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA**, solicitando la imposición de una medida de protección para ella y su hijo frente a su cónyuge, fueron declarados no probados por la **COMISARÍA PRIMERA DE FAMILIA USAQUÉN II DE BOGOTÁ**, en audiencia del 8 de noviembre de 2018 (fols. 181 a 186 del c. div.), consecuentemente, dicha autoridad ordenó levantar las medidas de protección provisionales impuestas en favor de la querellante y del niño, y el recurso de apelación interpuesto por ella contra la indicada decisión fue declarado desierto mediante proveído del 22 de febrero de 2019 (fol. 261), lo cual deja sin sustento el argumento de la recurrente al poner de presente que el señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA** “...*ha sido sancionado a través de una medida de protección a favor de la señora ANA CAROLINA y el niño TOMÁS...*”.

No obstante, es imprescindible mantener la relación materno filial, pues tal como se puede verificar con la copia del certificado visto al folio 153, expedido el 21 de febrero de 2018 por la Médico Pediatra **VICTORIA EUGENIA ANDRADE BLANCO**, la señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA**, es acompañante de su hijo **TOMÁS GARCÍA ARDILA** en todo el proceso terapéutico, siendo de vital importancia para los logros alcanzados en

el desarrollo del niño, prueba que deberá ser valorada en conjunto una vez se produzca la respectiva contradicción, junto con los demás elementos de juicio acopiados en aras de tomar la decisión más adecuada y garante del bienestar del hijo menor de edad.

La decisión provisional como se dijo, encuentra asidero en lo conceptuado al interior de la actuación administrativa a partir de la verificación inicial y la entrevista realizada al niño a mediados del pasado año, sin perjuicio de una eventual revisión si así lo aconsejan las circunstancias y verificación en el curso del proceso, pues, no se trata de una determinación definitiva que pudiera hacer tránsito a cosa juzgada material, de ahí que en este puntual aspecto la providencia será confirmada.

4. No acontece lo mismo con la fijación de la cuota alimentaria provisional en favor de la recurrente, cuya negativa es sin duda desacertada, pues el Juez a quo desestimó tal solicitud a vuelta de señalar que la cónyuge no acreditó en debida forma la necesidad, aun cuando la manifestación de requerir tal prestación equivale a una negación indefinida exenta de prueba al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C. G. del P. (177 en el derogado C. de P.C.), que invierte tal carga al obligado a quien le corresponde demostrar que el reclamante de los alimentos cuenta con los medios económicos suficientes para atender su propia subsistencia, temática sobre la cual ha dicho la jurisprudencia de antaño "...según el art. 420 [del C.C.], los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir, se impone aceptar que para la prosperidad de dicha pretensión se requiere justificar también que el demandante, dada su situación económica, tiene necesidad de los alimentos. Sin embargo como este presupuesto equivale a la pobreza del actor, su afirmación se considera como un hecho negativo indefinido que de acuerdo con el art. 177 del Código de Procedimiento Civil, no requiere prueba, pues ante tal afirmación la carga probatoria del hecho positivo contrario se desplaza hacia el demandado, quien puede excepcionar que el demandante posee medios de subsistencia y no es por tanto acreedor a los alimentos que pide" (H. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de marzo de 1973).

En este caso, la manifestación de la señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA** frente a la necesidad de los alimentos, no fue desvirtuada por el señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA**, al contrario, en sus diferentes intervenciones al interior del proceso el mismo fue claro en decir que su

cónyuge no trabajaba, era él quien laboraba y asumía todos los gastos del hogar, entre ellos, los derivados del tratamiento médico del menor **TOMÁS GARCÍA ARDILA**, lo cual demuestra inequívocamente que aquella dependía económicamente de él¹; de otro modo, el señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA** no hubiese hecho un ofrecimiento alimentario en la audiencia adelantada el 5 de junio de 2019, conforme así se puso de presente en la providencia criticada.

Por lo mismo, el argumento del Juez *a quo* relativo a la ausencia de circunstancias que impidan a la señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA** acceder al mercado laboral, no es razón para negar la fijación de la cuota alimentaria, cuando lo determinante es, se reitera, que el demandado en reconvención no acreditó por ningún medio la existencia de ingresos o bienes de fortuna en cabeza de su cónyuge, para derivar su sustento.

Por lo demás, el título que legitima a la señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA** a reclamar alimentos de su esposo no está en discusión, el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil consagra el derecho alimentario en beneficio del cónyuge; tampoco existe controversia con respecto a la capacidad económica del obligado, quien es pensionado de las Fuerzas Militares y recibe una asignación de retiro que para el 2019 ascendía a la suma neta de \$7'553.428, más una prima en el mes de junio y mesada del mes de diciembre por valor de \$7'950.976 cada una (fol. 350 del c. div.); igualmente, se encuentra vinculado a la entidad **LINEAS AÉREAS SURAMERICANAS S.A.** mediante Contrato Individual de Trabajo, desempeñándose como “JEFE DE ENTRENAMIENTO”, relación laboral no desvirtuada por el señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA** de la cual da cuenta la copia del citado documento obrante a folio 142, con un ingreso mensual de \$9'000.000 para el año 2017; también obra copia del “**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**” del local comercial No. 7 ubicado en el piso 1º de la carrera 15 A No. 23 Norte 50 de esta ciudad, suscrito entre el cónyuge, en calidad de arrendador, y la señora **LUZ ADRIANA TABARES NARANJO**, en calidad de arrendataria, con un canon mensual de \$1'600.000 (fols. 165 a 170 del c. div.); con respecto a este último contrato, dijo el demandado en reconvención al contestar el hecho 33 de la demanda de mutua petición (fol. 136), que el mencionado local comercial no era de su propiedad si bien celebró una promesa de compraventa, pues no fue posible culminar la compra, manifestación que de ser cierta no mengua la capacidad económica derivada de los demás ingresos por él percibidos, los

cuales permiten fijar una cuota alimentaria en favor de su cónyuge, sin perjuicio de la obligación alimentaria que le asiste al progenitor frente a su menor hijo.

Ahora, los gastos de la cónyuge no aparecen cuantificados de manera detallada en el proceso, pero ello no impide fijar un monto acorde con el estrato socio económico en el cual reside la misma, el cual oscila entre 4 y 5 según se advierte de la copia de los recibos de servicios públicos domiciliarios obrantes en el plenario (fols. 92 a 98 del c. div), correspondientes al inmueble social donde los esposos tenían fijado su domicilio conyugal, y el nivel de vida que el propio reconvenido afirma haberle proveído a su consorte al decir que “...*siempre le dio regalos costosos e invitaciones...*” (fol. 130 del c. div).

Así las cosas, el auto cuestionado se revocará parcialmente en cuanto negó la fijación de la cuota alimentaria provisional en favor de la señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA**, y a cargo del señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA**, y en su lugar se establecerá en suma equivalente al 20% de los ingresos mensuales recibidos por el demandante como asignación de retiro, pagaderos dentro de los cinco primeros de cada mes a partir de abril del año en curso, los cuales se descontarán directamente de la indicada asignación devengada por el obligado por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, bajo la denominación de cuota alimentaria, de igual forma, el señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA** mantendrá afiliada a su cónyuge al servicio de salud de las Fuerzas Militares. En lo demás apelado la decisión criticada se mantendrá y no se condenará en costas a la inconforme, dada la prosperidad parcial del recurso.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., en ejercicio de la competencia de Magistrado Sustanciador,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el auto proferido por el **JUZGADO VEINTICINCO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.** el 8 de agosto de 2019, en cuanto negó la fijación de la cuota alimentaria provisional en favor de la señora **ANA CAROLINA ARCILA ARCILA**, y a cargo del señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA**, y en su lugar se establece la misma en la suma equivalente al 20% de la asignación de retiro pagaderos dentro de los

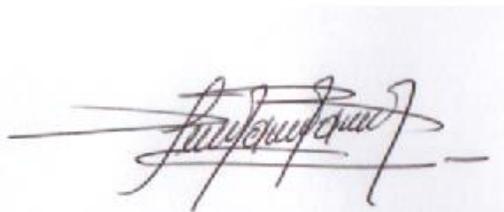
cinco primeros de cada mes a partir de abril del año en curso, los cuales se descontarán directamente de la asignación de retiro devengada por el obligado por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, bajo la denominación de cuota alimentaria, suma que se incrementará anualmente conforme al IPC; de igual forma, el señor **GERMÁN ALFONSO GARCÍA** mantendrá afiliada a su cónyuge al servicio de salud de las Fuerzas Militares. Oficiese.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás apelado la decisión.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso.

CUARTO: DEVOLVER las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE



LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrada